

MASSIMO BRUTTI
ALESSANDRO SOMMA (EDS.)

Diritto: storia e comparazione

Nuovi propositi per un binomio antico

Emanuele Stolfi

Problemi e forme della comparazione nella storiografia sui
diritti antichi | 551–574



MAX PLANCK INSTITUTE
FOR EUROPEAN LEGAL HISTORY

ISBN 978-3-944773-20-9
eISBN 978-3-944773-21-6
ISSN 2196-9752

First published in 2018

Published by Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt am Main

Printed in Germany by epubli, Prinzessinnenstraße 20, 10969 Berlin, <http://www.epubli.de>

Max Planck Institute for European Legal History Open Access Publication
<http://global.rg.mpg.de>

Published under Creative Commons CC BY-NC-ND 3.0 DE
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/de>

The Deutsche Nationalbibliothek lists this publication in the Deutsche Nationalbibliographie;
detailed bibliographic data are available on the Internet at <http://dnb.d-nb.de>

Cover illustration:

Christian Pogies, Frankfurt am Main

(Illustration shows a fresco in the Sala delle Ballerine of the Dipartimento di Giurisprudenza,
Università di Ferrara)

Cover design by Elmar Lixenfeld, Frankfurt am Main

Recommended citation:

Brutti, Massimo, Somma, Alessandro (eds.) (2018), *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*. Global Perspectives on Legal History, Max Planck Institute for European Legal History Open Access Publication, Frankfurt am Main, <http://dx.doi.org/10.12946/gplh11>

Problemi e forme della comparazione nella storiografia sui diritti antichi

1. Un frutto dei tempi

Alla frammentaria dilatazione del giuridico, ormai proiettato anche su spazi del vissuto umano che sembravano essergli preclusi,¹ si sono accompagnate (se proprio non ne sono state indotte) spinte centrifughe e disgreganti, tali da minarne la stessa identità. Saldezze che venivano da lontano sono ora poste in discussione, talora coi toni di un aperto nichilismo.² La parcellizzazione della ricerca, nel segno di uno specialismo talora indispensabile ma non di rado miope e angusto, rischia di rendere anacronistico ogni appello all'unità della scienza giuridica.

Tra le speculazioni teoriche e la prassi la distanza si amplifica, incolmabile e inquietante (su entrambi i fronti). E gli steccati disciplinari si ispessiscono, alimentati da incomprensioni, talora pretestuose. Chino su un magmatico presente normativo, il cultore del diritto vigente arrischia profezie sul futuro, si volge talora all'altro da sé, ma sempre più spesso nello spazio (ormai compresso) del mondo anziché nel tempo (sempre più remoto e insignificante) della storia. Anche in questo è il riflesso nitido dei tempi, entro un oggi che sembra consegnarsi a un unico « regime di storicità », monopolizzato dal « presentismo del presente ». ³ A poco vale sapere da dove vengo, se questo non aiuta a comprendere chi sono (sempre ammesso che mi interessi saperlo). A che giova la ricostruzione di un itinerario intessuto di continuità e di cesure, se da esso posso trarre solo elementi inutili o addirittura disturbanti (le consolatorie identità dell'altro ieri o, peggio, le sconnes-

1 Sull'odierna « law-satured society », per tutti, RODOTÀ (2009) 9 ss.

2 Inevitabile il riferimento a IRTI (2004), ma anche a IRTI (2007).

3 HARTOG (2007) spec. 13 ss., 52 ss. Incisivo, sul piano storico-giuridico, anche CARONI (2009) 76. Cfr. inoltre STOLFI (2010a) 51 ss. ove altra bibliografia.

sioni riportate alla luce da scavi genealogici)?⁴ A che scopo affaticarsi, “perdersi” nel passato, se ciò che davvero mi riguarda è solo la stretta vigenza; se è ormai smarrita la consapevolezza che niente è indispensabile come ciò che appare inutile, in quanto non immediatamente spendibile?⁵

Declinante, o già infranto, è lo stesso paradigma della tradizione: l'idea del diritto come un divenire di cui non sia rilevante solo l'ultimo, o il penultimo, approdo. Gli storici (come pure i teorici) del diritto si sentono assediati, tentano incerti sondaggi su vie nuove o si arroccano su battaglie di retroguardia; inseguono i giuristi “positivi”, schiacciandosi sul contemporaneo o riesumando trite e attualizzanti apologie dell'antico. Guardano con insistenza, ora diffidente ora ammiccante, alla comparazione giuridica: loro ultima thule, o salvagente, del quale però non si rassegnano a fidarsi.

Eppure nessuna contrapposizione è sorretta da consistenti ragioni, né resiste a un vaglio critico. Non quella che separa, come discipline altre e incomunicanti, studio dell'esperienza giuridica odierna e di quelle trascorse, giacché, proprio in quanto esperienza,⁶ essa è vita, movimento, storia: è un prodotto dei tempi che, nel tradursi in tessuto normativo (nel farsi, platonicamente, *nómos*),⁷ aspira a bloccare il *chrónos*, previa l'immutata ripetizione di sé, poi però sempre smentita nell'effettiva vigenza, traverso le dinamiche – di interpretazione, applicazione, evoluzione – che innesca e l'avvolgono, riconsegnandola alla diacronia. Ogni giurista è uno storico, consapevole o meno, dal momento che il diritto « non ha una storia », semplicemente « perché è storia ».⁸

Nè ha maggior fondamento giustapporre storiografia e comparazione giuridica, assumendole quali pratiche affatto diverse e anzi antagoniste: vie necessariamente alternative, da percorrere senza intersezioni, per chi voglia

4 Presuppongo STOLFI (2010a) 13 ss. Cfr. anche *infra*, § 2.

5 Condivisibile COSTA (2007) 23 ss.

6 Nell'accezione capogrossiana, così feconda per lo storico (di ogni stagione) del diritto: STOLFI (2006a) 17 s., 197 ove bibliografia. Sul suo impiego nel lavoro dei comparatisti, per tutti, SOMMA (2014) vii ss., 30 ss.

7 Un motivo apertamente enunciato nel *Minosse*, e opportunamente richiamato da SCHIAVONE (2005) 35 s.

8 CARONI (2009) 123. In senso analogo già ORESTANO (1987) 332 ss. (con radicali perplessità circa la tralatizia distinzione fra « conoscenza scientifica » e « conoscenza storica » del diritto) e ORESTANO (1989) 235 ss.

guardare a « noi e gli altri ».⁹ Rivendicarne un peculiare e distinto statuto epistemologico – una gamma non integralmente sovrapponibile di tecniche e obiettivi – risponde a esigenze incontestabili (se non da chi voglia strumentalizzare il discorso, per legittimare volgari campanilismi disciplinari). Ma guardarsi dalle assimilazioni più sbrigative non può condurre all'eccesso opposto, negando convergenze e analogie – quali, del resto, sono state ben illustrate, nel vivo dell'indagine, da vari protagonisti della ricerca comparata (si pensi, in Italia, al magistero di Gorla).¹⁰

Davvero dinanzi a noi è « un binomio antico », che tuttavia ci interpella con quesiti nuovi, esigendo di essere rimodulato e approfondito, sottratto a banalizzazioni e logiche settarie. Ne tenterò un sondaggio con riguardo a uno specifico segmento della tradizione giuridica occidentale: le vicende del Mediterraneo antico, e in particolare di due di quelle tre anime (la romana e la greca) che possiamo ritenere¹¹ abbiano più inciso sui caratteri della sua civiltà, imprimendovi un profilo di « lunga durata », sino alle soglie del presente.

2. Di alcuni rischi ricorrenti (e di alcuni possibili itinerari)

Credo che quasi tutti possano riconoscersi nell'idea che ogni esercizio di storiografia (anche) giuridica implica sempre una serie di raffronti, tesi a cogliere e valorizzare i tratti distintivi della realtà indagata, e (ancor prima) a formulare domande corrette e feconde da rivolgere alle fonti. Non occorre riesumare Croce – con la sua convinzione che « ogni vera storia è storia contemporanea »¹² – né addentrarsi nel dibattito gnoseologico ed ermeneutico (con le sue « circolarità » e il ruolo nevralgico dell'interprete) per comprendere che volgersi al passato quasi mai si risolve nella pedissequa regi-

9 Per dirla con TODOROV (1991).

10 Persuaso, rovesciando la formula di Maitland, che « comparison involves history »: GORLA (1981) spec. 8, 41 ss., 72 ss., 877 ss. Sul suo peculiare « storicismo » SACCO (1994) spec. 60. In direzioni non troppo difformi, fra gli altri, SACCO (1992) spec. 50 s. ove altra bibliografia e ZWIGERT, KÖTZ (1998) 10. Su « comparazione e prospettiva dinamica » anche SOMMA (2014) 120 ss.

11 Con BRAUDEL (1994) 101 ss. Cfr. anche BRAUDEL (1999) 221 ss.

12 Dal momento che « solo un interesse della vita presente ci può muovere a indagare un fatto passato; il quale, dunque, in quanto si unifica con un interesse della vita presente, non risponde a un interesse passato, ma presente »: CROCE (1927) 4.

strazione di « cosa veramente accadde » (per esprimersi con la fortunata ingenuità di Ranke), ma comporta un'intelligenza dei fatti e una loro rilettura, orientata non solo dall'individuazione delle specificità del contesto indagato rispetto a quelli più prossimi nel tempo o nei luoghi, ma anche dalla mutevole percezione del divario che corre fra soggetto e oggetto della ricostruzione. Il che presuppone comunque la comparazione, ora esplicita ora latente, da cui si è guidati già nella scelta di affrontare determinati aspetti piuttosto che altri.

Lo studio dei diritti antichi non fa eccezione, sebbene due elementi concorrano a segnare, nel suo contesto, alcune caratteristiche. Da un lato, il ruolo privilegiato che, per molteplici ragioni – oggettive, ma anche riconducibili alle sue rivisitazioni posteriori¹³ –, vi ha svolto il diritto di una sola comunità politica (Roma), pur assunta col tempo a un dominio coincidente con l'intero Mediterraneo. Dall'altro, il particolare statuto della distanza che si pone fra quel diritto e noi: una distanza enorme, se calcolata sulla scorta dei quasi due millenni che intercorrono rispetto alla società che storicamente l'ha prodotto; assai più esigua, se teniamo conto della lunga vigenza che nell'Europa continentale hanno conosciuto i materiali normativi da essa provenienti, pur veicolati nella forma testuale, per molti versi deformante,¹⁴ del *Corpus iuris*.

In ogni caso, le maggiori difficoltà insorgono appena abbandoniamo questa generica, e condivisa, premessa per seguirne le concrete esplicazioni. Si apre qui un ventaglio di interrogativi, questioni di metodo e percorsi praticabili. In prima approssimazione direi che, se la comparazione non può mancare, essa si presta però anche ad applicazioni deboli, se non proprio a distorsioni. In effetti, ove essa non emerge apertamente, ciò di regola accade per due ragioni. O perché non è enunciata, e però sussiste come un presupposto inconfessato e ancor più condizionante, taciuto proprio in quanto si aspira a presentare come neutre, quasi imposte dalle fonti, ricostruzioni largamente determinate, in realtà, dall'ideologia e dai contesti dell'interprete – indotto al confronto solo per comprimere le differenze e ritrovare ovunque i panorami a sé familiari, votandosi a letture fortemente continuiste (l'elenco sarebbe lungo: da certe vecchie teorie del negozio giuridico

13 STOLFI (2010a) 51 ss. Si veda anche *infra*, § 3.

14 SCHIAVONE (2005) 8 ss.

o dei diritti soggettivi, passando dall'esaltazione del presunto carattere monolitico della proprietà dei romani,¹⁵ sino all'attenzione rivolta più di recente a pretesi diritti umani dell'antichità, assetti sovranazionali, disciplina giuridica dell'impresa o dell'ambiente). Oppure perché realmente, e in buona fede, l'indagine è condotta in una pura dimensione antiquaria, senza alcuna sollecitazione suggerita dal proprio tempo, che quasi si ritrae quale termine di raffronto: un'appartata vicenda di morti che finisce col risucchiare anche il suo interprete, non rivitalizzata né rischiarata da alcuno sguardo davvero proveniente da un altrove, ma solo riflessa in se stessa.

E tuttavia, se è pressoché inevitabile, e anzi proficuo – purché apertamente riconosciuto, e tematizzato –, che tale confronto sussista, occorre praticarlo in modo sorvegliato e prudente, guardandosi da attualizzazioni, sovrapposizioni, impieghi disinvolti (soprattutto in chiave retrospettiva) di categorie estranee al contesto studiato, del cui uso si predichi la liceità in nome di una presunta esigenza logica cui esse risponderebbero, o risolvendo il problema in una mera questione di parole (come se queste potessero mai essere innocue, veicoli inerti di significati riscontrabili anche laddove il « nome » mai fu coniato).¹⁶

Come il pericolo degli anacronismi incombe su tutti gli storici,¹⁷ ogni comparazione – sia nel tempo che nello spazio¹⁸ – esige il rispetto dell'altro; deve esaltarne, anche per contrasto, l'identità: non eliderla o comprometterla tramite indebite proiezioni, o anche solo in virtù dell'enfasi posta sui soli tratti di vicinanza, le analogie morfologiche o i nessi di più diretta derivazione. Per sua natura, il confronto non può risolversi nell'assimilazione, così

15 Maggiori ragguagli in STOLFI (2010a) 65 ss., 158 ss. e in SCHIAVONE, STOLFI (2010) 70 ss.

16 L'allusione è a un'immagine ricorrente in Betti, secondo cui la ricerca della « cosa » sarebbe legittima (e feconda) anche in un contesto storico ove, per designare quel dato oggettivo, fosse stato assente il « nome »: BETTI (1991) 397 ss. Sul punto, per tutti, SCHIAVONE (1980) 111 ss.

17 Salva la fecondità di certe letture trans- (o infra-)storiche – dedicate a ris(p)orgenze repentine dell'arcaico entro una dinamica eccedente ogni logica temporale, trame di senso svelate da determinati « dispositivi » o « paradigmi » (nell'accezione, rispettivamente, foucaultiana o agambeniana) – che ho anch'io cercato di proporre: STOLFI (2010a) 93 ss. e 139 ss. (ove appunto parlavo di un « anacronismo sorvegliato »).

18 Incontestabile GORLA (1981) 52: « il pericolo o tentazione più grave per il comparatista è quello di trasferire i concetti e i modi del suo diritto ... nel diritto straniero per inquadrarvelo o intenderlo ».

come dovrebbe escludere i sommari giudizi di superiorità (tra diverse epoche o realtà sincroniche, ma anche dell'oggi rispetto al passato, o di quanto è a noi più vicino rispetto a ciò che ne è maggiormente distante: proprio quanto accade nelle interpretazioni volte a tracciare univoche linee evolutive). Dovrebbe, insomma, soddisfare anche nel campo del diritto quell'interesse, sincero e imparziale, per « mille contrarie maniere di vita » di cui parlava Montaigne.¹⁹

A livello di enunciazioni programmatiche, tutto questo può suonare scontato, giacché è divenuto pressoché un *tópos* celebrare l'« Historisierung » del diritto romano dopo molti secoli di « Aktualisierung », la qualifica di « pandettista » viene ormai percepita quasi come un insulto²⁰ e ben pochi sono così « politicamente scorretti » da stilare graduatorie, e assumere apertamente la piena maturità degli ordinamenti odierni quale parametro per valutare i « selvaggi » del passato. Ma questo non è affatto sufficiente a esorcizzare i rischi richiamati. Al contrario, la reale prassi storiografica (per non dire di quella didattica) finisce più volte per assecondarli, smentendo le buone premesse.

Segnare le distanze tra vicende antiche e moderne – le radicali alterità, o più spesso le discontinuità congiunte a persistenze di lungo periodo, e i sensibili slittamenti semantici occultati dalla plurisecolare riproposizione del medesimo lessico – viene così inteso quasi come un appello alla smobilitazione. La formazione dei giovani e i tentativi di dialogo coi giuristi « puri » sono consegnati alla stanca riproposizione di un diritto (soprattutto privato) romano che è esistito unicamente nei trattati di *Pandette* e nei manuali di *Istituzioni*. Ne emergono rappresentazioni che non rinunciano alla retorica dell'immediata discendenza e della stringente continuità (se non proprio di una tendenziale perennità di categorie e principi); si affidano alla rassicurante linearità del sistema, scandito da istituti che vivono come di vita propria, e di una dogmatica rigorosa, che poco concede al « non-giuridico »; si aggruppano attorno al soggetto e al suo corredo di diritti sul piano sostan-

19 In merito al quale si veda – in chiave antropologica, ma di estremo interesse per ogni storico del mondo antico – BETTINI (2000) 242 ss. Cfr. anche TODOROV (1991) 40 ss., spec. 46 s.

20 Salvo poi procedere – almeno in sede didattica – quasi sempre secondo scansioni e categorie di visibile ascendenza pandettistica (spesso con labili appigli nelle fonti): STOLFI (2014a) 2 s.

ziale, ripercorsi assecondando sequenze tematiche ormai tralatzie; postulano una sovrastorica unitarietà di regime (non di rado ancora esaltato tramite il ricorso a una nozione discutibile e fuorviante come poche: quella di « classico »).²¹ È il nostro modo di pensare il diritto che si riversa sul proprio passato, omologandolo a sé. Si dà voce agli antichi, ma solo nostre sono le parole che si fanno loro pronunziare.

La comparazione può così condurre a selezionare i campi d'interesse (inducendo a optare per quelli più congeniali alla sensibilità odierna) o viene indirizzata a rinvenire tratti omogenei – nelle esigenze e nei metodi se non addirittura nelle soluzioni normative – fra noi e i nostri progenitori. Le è invece inibito di svolgere la sua naturale e ancor più essenziale funzione: quella di far affiorare (anche) le alterità e gli scarti, i tratti di differenza nella somiglianza e di somiglianza nella differenza, la composita dinamica delle interazioni. Non è mai spinta al punto di guadagnare un angolo visuale esterno, la cui eccedenza rispetto alla nostra recente identità sia in grado di svelare come anche quest'ultima sia l'esito di un processo tutt'altro che naturale e oggettivo, ma semmai di atti di volontà, « invenzioni »²² realizzate secondo un gioco più o meno consapevole di memoria e di oblio – autentiche, costitutive intermittenze della memoria.²³

Proprio in questa prospettiva ho più volte suggerito di non limitarsi a considerare superata ogni pretesa (più o meno rivisitata) di attualizzazione, ma di sforzarsi di recuperare, dalle testimonianze degli antichi, quanto possa pienamente restituire proprio l'« inattualità »,²⁴ ossia quelle chiavi di diagnosi critica del nostro tempo raggiungibili solo da chi si situò fuori di esso e delle direttive – fondamenti istituzionali e assetti normativi, concezioni teoriche e protocolli della prassi – che vi dominano, quasi nella veste di ontologiche necessità. Questo solo, nella recuperata coscienza della distanza, può consentire, anche nel campo del diritto, quel pensiero « sagittale » illustrato da alcuni filosofi, operante come « une flèche lancée par la réflexion

21 Su cui basti il rinvio a ORESTANO (1987) 535 s., 546 ss., BREONE (1999) 179 ss., spec. 188 ss. e BRUTTI (2014) spec. 235 ss. In prospettiva più ampia, CANFORA (2013) 42 ss.

22 Come quella che è quasi sempre alla base della « tradizione »: HOBBSBAWN, RANGER (1987).

23 Presuppongo STOLFI (2010a) 51 ss. ove bibliografia. Cfr. anche SOMMA (2014) 28 ss.

24 Nel senso perspicuo dell'« *unzeitgemäß* » nietzscheano, cui non trovo forzato accostare, mutato quel che è da mutare, la « grecità inattuale » di Hannah Arendt e l'« estetica dell'esistenza » (soprattutto) dell'ultimo Foucault: STOLFI (2010a) 75 ss.

généalogique au coeur du présent, afin de le rendre problématique et de pouvoir interpréter ses signes moins voyants ».²⁵

Detto altrimenti, e attingendo a una metafora di diversa provenienza, una comparazione ripiegata esclusivamente su omologie e continuità finisce – contro le stesse intenzioni di chi la pratica – col ridurre i diritti antichi a una scimmia, la cui dissezione nulla potrà dirci di interessante circa l'anatomia dell'uomo.²⁶ Il diritto romano (soprattutto privato) si risolverà in un imperfetto e sbiadito preludio di quello costruito più tardi (proprio sulle sue fondamenta) e finalmente oggi vigente: con lacune e incompiutezze, tratti disorganici o dottrine ancora embrionali, che l'interprete si sentirà autorizzato a emendare proiettandovi le categorie del presente – fossero anche le più estranee all'effettiva realtà antica: dall'impianto sistematico e deduttivo sino alle nozioni di Stato e di sovranità, soggetto di diritto e negozio giuridico, autonomia contrattuale e diritto soggettivo.

Non è però sufficiente revocare in dubbio il ricorso alla dogmatica moderna²⁷ per leggere più risalenti stagioni giuridiche, o sottrarsi alle sirene dell'« Aktualisierung » – tornata parzialmente in auge tramite altre sbrigative comparazioni, finalizzate all'allestimento di un comune diritto privato europeo – per restituire a quelle lontane esperienze la forza critica e straniante dell'« inattuale ». Non è infatti necessariamente tale, se non nell'accezione più debole, ciò che, ormai concluso, non sia trasposto nell'oggi e stimato ancora utilizzabile in chiave normativa.

Al riconoscimento che il diritto romano appartenga a un mondo remoto, quale una vicenda integralmente trascorsa,²⁸ deve accompagnarsi un impegno volto a combinare comparazione morfologica e analisi genealogica – ma intesa, quest'ultima, nell'accezione più impegnativa e a suo modo perturbante,²⁹ tale da farci « scoprire che alla radice di quel che conosciamo e di

25 BODEI (1986) 916 s. Cfr. anche ESPOSITO (2008) 33.

26 Un'immagine famosa, che Marx suggeriva a proposito del rapporto fra economia degli antichi e dei moderni: vi ha insistito soprattutto CARANDINI (1979).

27 Sia pure non nella sua integrità, ma a seguito di complesse operazioni di vaglio e rimontaggio, come – a proposito di Betti – ha dimostrato COSTA (1978) 322 ss.

28 Da consegnare a una pratica esclusivamente storiografica: in altre parole – come era già nella consapevolezza di Vittorio Scialoja, nel 1881 – un « diritto morto ».

29 Nel senso, se vogliamo, dell'« Unheimliches » freudiano, acutamente rivisitato da CURI (2010) 28 ss.

quel che siamo non c'è la verità e l'essere, ma l'esteriorità dell'accidente », giacché la storia, se « genealogicamente diretta, non ha per fine di ritrovare le radici della nostra identità, ma d'accanirsi al contrario a dissiparla; non si mette a cercare il luogo unico da dove veniamo », ma piuttosto « si occupa di far apparire tutte le discontinuità che ci attraversano ».³⁰

Non solo ne verrà interdetta ogni interpretazione unilineare – in forza della quale la tradizione si porge ai nostri occhi quale una compatta e oggettiva stratigrafia, che quasi non conosca biforcazioni o fasi regressive, compresenza di alternative o soluzioni di continuità –, per non parlare dei tentativi che aspirerebbero a istituire confronti (e nessi genetici) immediati fra patrimonio giuridico antico e ordinamenti odierni (sul presupposto, evidentemente, di allarmanti commistioni fra « diritto romano dei romani » e quanto sia da ascrivere alle sue rivisitazioni, entro i laboratori medievali e moderni).³¹ Ma quell'impegno genealogico dovrà anche condurci a individuare e approfondire, dell'esperienza giuridica romana, proprio i profili che più a lungo ne segnarono la struttura e (si sarebbe detto un tempo) lo « spirito », ma risolvendosi in altrettanti tratti distintivi rispetto alla nostra contemporaneità. Profili meritevoli, proprio per questo, di un'assidua rimediazione, libera dai condizionamenti degli approcci attualizzanti (a cominciare da quello giustiniano),³² tanto più ora che vanno declinando tante moderne « mitologie giuridiche »³³ – dal primato della legge statutale alle istanze sistematiche, dal rigore di certa dogmatica ai ferrei dettami della gerarchia delle fonti, sino alla centralità del « soggetto unico universale » e dei suoi diritti sul piano sostanziale.

Basti pensare, per un lunghissimo tratto della storia del *ius*, all'impianto casistico e all'incedere topico, così difficili da calare entro le strutture sistematiche e deduttive in cui siamo abituati a muoverci, e nei quali anche il faticoso raggiungimento di una linea normativa di più ampio respiro (un principio, una *regula*, una vasta direttiva ermeneutica) era subito seguito

30 In questi termini FOUCAULT (1977) 43 e 51. Cfr., riguardo alla storiografia sui diritti antichi, SCHIAVONE (2005) ix ss. e STOLFI (2010a) 14 ss.

31 Ancora importante ORESTANO (1987) 456 ss.

32 Come rileva SCHIAVONE (2005) 11 s., spec. 19. In particolare, circa la *permutatio legum* cui dichiaratamente aspirava Giustiniano, con decisive ripercussioni sulla visione del diritto propria di tutta la tradizione occidentale, GALLO (2010) 1 ss. e GALLO (2011) 527 ss.

33 Nel senso, soprattutto, di GROSSI (2001) e GROSSI (2007) spec. 5 ss., pur con le riserve prospettate in STOLFI (2010a) 22 ss. ove altra bibliografia.

dalla verifica della sua tenuta in riferimento a ulteriori concrete circostanze;³⁴ ai decisivi tratti di giurisprudenzialità (ovviamente in senso romanistico) e controversialità,³⁵ assai lontani dal moderno positivismo giuridico e da ogni idea di predominio della legge (se non addirittura del codice) nella produzione del diritto; all'articolazione per piani normativi, irriducibile – soprattutto per la polarità fra *ius civile* e *ius honorarium* – a una compresenza di distinti ordinamenti;³⁶ alla predilezione per un ragionamento centrato sulle forme di tutela processuale (« *Aktionenrechtliches Denken* »), tale per cui soprattutto la disciplina dei rapporti privati si presenta quale ininterrotta tessitura di una rete di azioni oltre che di casi.

Ma pensiamo ancora – per rimanere sul piano delle prospettive di fondo – alla concezione dell'intero diritto nei termini di un'*ars boni et aequi*, ove la preoccupazione di assicurare un trattamento congruo e proporzionale dei diversi interessi coinvolti era destinato a comprimere anche il rilievo attribuito al valore (o presunto tale) della certezza del diritto. Un *ius*, dunque, colto nella sua dimensione dinamica (di quotidiano impegno, per secoli principalmente demandato a giuristi e magistrati muniti di *iurisdictio*)³⁷ anziché statico-normativa, e nella cui applicazione a ogni disegno sillogistico era anteposta un'empirica aderenza alle effettive esigenze umane.³⁸ Ne scaturivano ulteriori implicazioni, così lontane dalle visuali dominanti oggi (e nel recente passato): dalla diversa semantica da assegnare – rispetto ai vocaboli che vi corrispondono nelle lingue moderne – a nozioni come quella di *iurisdictio*³⁹ e di *interpretatio*,⁴⁰ al delinearsi della norma anche ove sprovvista

34 STOLFI (2014a) spec. 52 ss., 63 ss.

35 Su cui, di recente, BREONE (2008) 757 ss. e MAROTTA, STOLFI (2012).

36 Secondo una rilettura volta a neutralizzare certe « anomalie » antiche, che avrebbero posto in discussione, mostrandone esplicazioni di tutt'altra portata, concetti fondamentali della nostra contemporaneità: dall'idea di norma giuridica a quelle di giurisdizione e di diritto soggettivo. Ma decisivi, nella direzione indicata, risultano gli argomenti di GALLO (1997) 53 ss.

37 Dal che la vera grandezza, riconosciuta a entrambi, laddove essi erano « inconseguenti », secondo il penetrante giudizio (a suo modo « inattuale ») che Hegel formulava nelle *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, su cui, per tutti, SCHIAVONE (1984) 75 ss. e CAPPELLINI (1985) 152.

38 Tengo conto, nella sterminata bibliografia accumulatasi in proposito (sulla scorta dell'enunciazione ulpiana conservata in D.1.1.1.pr.), soprattutto di GALLO (2010) spec. 26 ss. Altra bibliografia in STOLFI (2014a) 21 s. nt. 54.

39 Nel senso che ho cercato di chiarire in STOLFI (2010b) 84 ss.

40 Sul punto, da ultimo, STOLFI (2016a) spec. 162 ss. ove bibliografia.

di quel carattere di generalità e astrattezza che spesso (anche se non da tutti) le viene attualmente assegnato,⁴¹ sino all'unità del fenomeno giuridico, rispetto al quale la stessa « grande dicotomia »⁴² fra pubblico e privato non costituiva altro che l'individuazione di due distinte, ma integrate, « posizioni di studio ».⁴³

E non meno rilevanti – anche riguardo al settore che si è maggiormente prestato ad approcci in larga misura omologanti, ossia la regolamentazione dei rapporti fra privati – dovrebbero apparire ulteriori itinerari e caratteri, a loro volta espressivi di un'inconfondibile, « inattuale » alterità. Il diritto delle persone e delle aggregazioni parentali ne offre i riscontri più eclatanti: si pensi solo al ruolo della schiavitù o alla configurazione della famiglia come centrata, per lungo tempo, non su vincoli « naturali », di sangue e affetti, ma piuttosto su relazioni potestative (a ridosso, o sulla falsariga, di quell'autentico archetipo di ogni idea romana del potere incarnato dalla *patria potestas*).⁴⁴ Né varrebbe, come in molte « attualizzazioni » si è tentato, marginalizzare o attenuare questi dati, su cui notoriamente impattano in modo più incisivo i mutamenti sociali: si tratta di autentici « fatti totali »,⁴⁵ che si riverberano su ogni dimensione (anche) del giuridico, e che non possono essere posti in disparte se non a costo di alterare radicalmente la reale fisionomia di quel lontano assetto – un diritto di diseguali, che assumeva le differenze tra gli uomini come dato indiscusso e pressoché fondante, che alle tecniche del *ius* spettava regolare, eventualmente articolare e talora attutire, non certo rimuovere.

Ma anche guardando al diritto privato patrimoniale, non dovrebbe trascurarsi, ad esempio, il ruolo (incomparabile, per la sua centralità, a quello odierno) delle successioni a causa di morte⁴⁶ – indicativo di quella preoccupa-

41 Per qualche approfondimento in merito, STOLFI (2014a) 55 ss. nt. 146 ove bibliografia.

42 Nel senso di BOBBIO (1984) spec. 151 ss. Cfr. anche, in chiave storica, CAPPELLINI (1985) 175 ss.

43 Riprendo le parole che impiegava Ulpiano in D.1.1.1.2, su cui, per tutti, ARICÒ ANSELMO (1983) spec. 452 ss.; FALCONE (2006) 1167 ss.; CERAMI, PURPURA (2007) 2 ss.

44 THOMAS (1984) 499 ss.

45 Nel senso di MAUSS (2002) 9 ss. Per un impiego di questa nozione riguardo alla schiavitù antica, SCHIAVONE (1996) 124 s., 243 ove bibliografia, che già seguivo in STOLFI (2009) 10 s.

46 Destinate, assieme al diritto delle persone, ad attrarre ancor più dei problemi di responsabilità contrattuale l'attenzione dei giuristi operanti « in "vorindustriellen" Gesellschaften »: NÖRR (2005) 16. Non casuale è ad esempio che la materia successoria fosse sempre affron-

pazione quasi angosciosa, e peculiarmente antica, per le sorti di un complesso di beni (ma anche di culti e potestà personali) sull'arco di più generazioni, con lo sforzo di mantenerne l'integrità all'interno delle medesime famiglie⁴⁷ (autentiche protagoniste del diritto pre-moderno, cui rimase estranea una nozione forte di individuo) –; la laboriosa emersione di quelli che oggi denominiamo diritti reali,⁴⁸ con la funzione che vi assolse la proprietà, ma senza mai assurgere a paradigma del diritto soggettivo né assumere i tratti monolitici che spesso le hanno attribuito i moderni;⁴⁹ all'incidenza che, sulla circolazione della ricchezza, rivestivano, da un lato, l'effetto solo obbligatorio (non traslativo di dominio) che per secoli conservò ogni contratto (compravendita inclusa) e, dall'altro, i tempi brevi richiesti per l'usucapione.

E ancora dovremmo rivolgerci al settore dei contratti, fra i più idonei a svelare come alla riproposizione di figure e segmenti di disciplina si sia intrecciata una cesura decisiva in merito a molti principî, e all'antropologia giuridica che vi presiedeva. Vedremmo emergervi, tra l'altro, una declinazione alquanto difforme dell'autonomia privata, segnata dalla durevole esperienza del formalismo,⁵⁰ dal faticoso (e alterno) percorso che condusse ad attribuire solo un limitato riconoscimento, di per sé, al consenso (da cui anche una particolare, e per noi remota, semantica assegnata a nozioni come la buona fede),⁵¹ e in genere dalla lunga parabola – destinata a protrarsi sino

tata in apertura degli scritti civilistici in senso stretto (prima nella forma dei *libri iuris civilis*, poi di commento a precedenti opere di quel genere): SCHERILLO (1953) 446 ss.

47 Da cui l'origine di figure quali l'usufrutto a Roma (almeno secondo la ricostruzione tradizionale) e l'epiclerato ad Atene e in altre *pólis* (su cui, per tutti, MARTINI [2005] 60 ss.).

48 Categoria che, nella sua veste unitaria e definita sul piano sostanziale, è assai più l'esito delle rivisitazioni moderne che genuina espressione delle visuali romane, cui la stessa espressione *iura in re* non era affatto familiare, e nelle quali dominava semmai la polarità fra *actiones in rem* e *in personam*: COING (1982) 249 s. e STOLFI (2006b) 146 nt. 84 ove altra bibliografia.

49 Laddove prendeva forma, piuttosto, un autentico prisma proprietario, cui partecipavano il *dominium* civilistico, ma anche la proprietà « peregrina », « provinciale » e quella che noi denominiamo « pretoria ». Cfr. anche *supra* nt. 15.

50 Da non confondere con quel carattere formale del diritto che, da Roma in poi, mai più sarebbe scomparso dall'orizzonte dell'Occidente (e sul quale ha insistito SCHIAVONE [2005]): STOLFI (2010a) 29 ss., spec. 31, 40 ss. ove altra bibliografia.

51 Posso rinviare a STOLFI (2004) spec. 75 ss. e ora a STOLFI (2017a) spec. 263 ss. ove altra bibliografia.

alle soglie del moderno – della tipicità dei contratti:⁵² decisiva proiezione di un'altra tipicità (quella delle azioni, ancor più marcata col processo formulare che nell'esperienza anteriore), che i romani si sarebbero sforzati, per varie strade, di aggirare o comprimere, ma senza volerne mai prescindere (il che rivela molte cose). E senza dimenticare, ovviamente, la posizione stessa che lo strumento contrattuale assunse nel complesso dell'esperienza antica, e probabilmente di tutta quella precapitalistica: posizione che, se non proprio o non sempre compressa (come nella classica ipotesi formulata da Sumner Maine nel 1861)⁵³ dall'invasiva incidenza dello *status*, ne era comunque ridisegnata, sino a intessere con quello irripetibili combinazioni.

3. Un altro vettore di comparazione

Finora si è proceduto, e solo per *exempla*, lungo un unico asse di confronto: quello destinato a far emergere (non solo i nessi di derivazione e i profili di analogia, ma soprattutto) le dissonanze fra un'esperienza antica – dispiegata su un arco cronologico talmente esteso che solo convenzionalmente possiamo ricomprenderla sotto l'unificante denominazione di « diritto romano »⁵⁴ – e quella in cui è iscritto il suo interprete, e da cui egli è in varia misura condizionato, così da assumerla come inevitabile termine di raffronto.

Si è però accennato anche a un'altra forma di comparazione che è praticabile, e talora ineludibile, nei nostri studi. Un raffronto tutto interno al mondo antico, che potremmo indicare come « sincronico » (per distinguerlo da quello « diacronico », illustrato finora), se anche questo, a ben vedere, non comportasse violazioni nell'ordine storico, sino ad appiattare in una fittizia contemporaneità trame di fatti e di idee che, in più casi, presentano sfasature

52 Che si rivela appunto « l'autentico dio nascosto di tutta l'esperienza contrattualistica romana »: SCHIAVONE (2005) 359.

53 SUMNER MAINE (1998) 91 ss., spec. 129 s., 229 ss., pur da leggere senza indulgere – avverte PICCININI (2003) viii – alla « *vulgata* che ha trovato nella formula “from status to contract” il proprio perno », né trascurare certi contesti già segnati dalla prevalenza di una logica “imprenditoriale” su una strettamente proprietaria (STOLFI [2009] 54 ss.).

54 Con uno sforzo tale da rendere tutt'altro che scandalosa l'affermazione che non esiste « *il diritto romano* »: così – ridiscutendo anche le inevitabili perplessità destate da quella provocazione – STOLFI (2017b) 110 ss. e nt. 69.

di secoli.⁵⁵ È quanto riscontriamo, in particolare, riguardo ai più frequenti e significativi elementi che si prestano a questo tipo di analisi: gli uni provenienti dalle varie fasi del diritto romano, gli altri dalle vicende delle *póleis* greche (e ancora, almeno in parte, dell'età ellenistica).

Già una simile limitazione di prospettiva si presta a qualche obiezione, da parte di chi reclami un approccio più ampio e inclusivo. Non credo però che essa sia imputabile solo a operazioni di spregiudicata « governance » culturale, volte a screditare e relegare nell'ombra, in nome di un grossolano eurocentrismo, esperienze ancor più progredite.⁵⁶ Non intendo affatto disconoscere contaminazioni di modelli giuridici fra tutte le comunità che si affacciavano sul Mediterraneo antico e che, su questo mare percorso più della terra (da cui trasse il nome stesso), scambiavano beni, condividevano culti, mettevano in contatto lingue e usanze diverse. Ma non sempre privilegiare lo studio della poesia eschilea rispetto a quello dei canti tribali di una comunità di antropofagi è solo indizio di razzismo. Le cose non sono così semplici. E lo storico, anche del diritto, non può misconoscere il diverso impatto che, sulla (propria) tradizione, hanno determinato alcuni itinerari piuttosto che altri: tanto più se riferibili a popoli che dettero vita a variegate dinamiche di osmosi culturale, pur coltivando (e ad altissimo livello) talenti in larga parte dissimili. In questo senso continuo a trovare non illegittima la diffusa semplificazione che accosta Roma e Grecia, per giustapporre diritto (e, più specificamente, scienza giuridica), da un lato, e politica e filosofia dall'altro, sino a scorgere in questi elementi – accanto alla teologia ebraico-cristiana – le più costitutive eredità del mondo antico, destinate a segnare in modo indelebile il pensiero dell'Occidente.

55 Fenomeno che va al di là delle forzature sempre connesse alla comparazione impostata secondo un'« analisi sincronica » (MORLINO [2005] 58 s.). Vi affiora forse, di nuovo, l'ego-centrismo del presente, che coglie il divenire, nella sua pienezza e nelle sue repentine accelerazioni, solo quando concerne il tempo più vicino, e ne svislisce invece l'impatto in riferimento a stagioni meno prossime. Per non parlare del condizionamento che, sulla storiografia non solo giuridica, ha esercitato la categoria del « classico » (*supra*, § 2 e nt. 21).

56 MONATERI (2005) 19 ss. Nel coro di dissensi romanistici cui ha dato vita – e al quale non mi sono sottratto: STOLFI (2010a) 53 ss. ove altra bibliografia – è talora sfuggito l'aspetto meno discutibile (sebbene non troppo originale) della sua tesi, ossia il carattere artificiale e in certa misura arbitrario di ogni identità, anche giuridica (*supra*, § 2 e ntt. 22 s.).

E tuttavia porre in relazione gli aspetti di fondo, e le più specifiche soluzioni, di queste due realtà non appare né scontato né praticabile senza guardarsi, anche stavolta, dai pericoli di certi condizionamenti, tali da condurre questa direttiva di lavoro – di per sé più che lecita, e anzi arricchente – verso risultati difficilmente condivisibili. A imporre particolare prudenza è in primo luogo un rilievo banale, ossia la constatazione della non omogeneità, sul piano istituzionale, delle due realtà oggetto di comparazione: da una parte, una città in grado di espandere il proprio dominio e le sue tecniche di disciplinamento sociale su un impero che abbracciava tre continenti; dall'altra, uno spazio gremito di *póleis*, a lungo frammentato in un geloso particolarismo di regole e compagini politiche (ove lo stesso predominio ateniese rivestì al massimo i tratti di una talassocrazia economica e di un primato culturale), tale da farci dubitare della stessa esistenza di un unico « diritto greco ». ⁵⁷

Ma altri fattori, e forse più insidiosi, concorrono a imporre cautele. Si è accennato al divario temporale che talora riscontriamo riguardo a fenomeni per più versi accostabili, ma che dovranno essere congiuntamente interpretati tenendo nel debito conto proprio quel dato cronologico: talora in grado, a sua volta, di svelare non poco del significato di entrambe le vicende. Così è per la tardiva e improvvisa comparsa di modalità di produzione normativa difformi, se non antagoniste, rispetto a quelle rispettivamente consolidate – il « paradigma della legge », ⁵⁸ che con la normazione decemvirale irrompe a Roma nel V secolo a.C., dopo una lunga fase di incontrastato monopolio sapienziale; l'attività condotta, anche su questioni legali (*ta nomizómēna*), dagli *exēghētai* dell'Atene pressoché coeva, a secoli di distanza dall'apparizione dei primi corpi normativi, in forma di *thesmói* o *nómoi* ⁵⁹ –; oppure per la tempistica, radicalmente diversa, che ad esempio incontriamo riguardo a un atto così incisivo sugli equilibri di una comunità come l'abolizione dell'assoggettamento fisico per debiti (col ritardo di oltre due secoli che, rispetto al provvedimento di Solone, presenta il disposto della *lex Poetelia Papiria*: verosimile testimonianza dell'esiguo interesse che le rivendicazioni della plebe, sino ad allora volte a ottenere conquiste prettamente politiche, riser-

57 STOLFI (2006a) 3 ss., 193 ss. ove bibliografia.

58 Nel senso di SCHIAVONE (2005) 74 ss.

59 STOLFI (2006a) spec. 30 s., 200 e STOLFI (2010a) 45 s. ove bibliografia.

varono a esigenze che ne coinvolgevano solo gli strati economicamente più deboli).

Possiamo aggiungervi – quale secondo elemento che comporta difficoltà teoriche ma si pone anche come grande tema storiografico – il mancato costituirsi, in ogni realtà greca (non solo ad Atene), di una scienza giuridica e di un diritto davvero configurabile quale funzione sociale autonoma, pienamente disintegrata dalla politica, ossia sviluppato (per impiegare le categorie weberiane) nel senso di una razionalità formale.⁶⁰ Circostanze che, appunto, complicano il confronto con Roma – in quanto evocano distanze così radicali da ridurre, fra i due termini, quel minimo comune denominatore senza il quale neppure può darsi autentica comparazione – ma esigono anche uno scavo che potremmo forse indicare come « archeo-genealogico ». Una riflessione, cioè, tesa a dar conto di quella grande dicotomia antica, e poi anche del peso che la morfologia dell'esperienza greca avrebbe avuto fra le cause che, nel formarsi dell'identità culturale europea, fecero sì che il lascito di Atene e delle altre *póleis* svolgesse un ruolo essenziale in molteplici ambiti, ma non in quello giuridico.⁶¹

Fra gli altri motivi da tenere in considerazione, al fine di evitare letture semplicistiche oppure velleitarie, ricorderei l'esigenza, da un lato, di non instaurare nessi di troppo univoca o diretta derivazione fra speculazione greca (soprattutto in settori limitrofi al diritto, come la filosofia e la retorica) ed elaborazione giurisprudenziale romana – laddove il quadro teorico era certamente più composito, e il lavoro dei giuristi lontano dall'appiattirsi su meri calchi di dottrine rinvenute in altri saperi⁶² – e, dall'altro, di non riconsegnarsi integralmente al disegno (troppo ambizioso e per certi aspetti fuorviante) di una « antike Rechtsgeschichte », il cui stesso concetto già appariva a Mitteis « tanto erroneo, quanto sarebbe la concezione di un sistema generale stellare ». ⁶³

60 Ne ho discusso – insistendo sui limiti della spiegazione weberiana circa il mancato sviluppo, in Grecia, di una scienza giuridica – in STOLFI (2006a) spec. 48 ss. e STOLFI (2010a) 32 ss. ove altra bibliografia.

61 Ho affrontato quest'aspetto – che appunto non sembra riducibile a ragioni solo linguistiche, o immediatamente politiche, come per VAN CAENEGEM (2003) 98 ss. – in STOLFI (2010a) 59 ss.

62 STOLFI (2012a) 259 ss.

63 MITTEIS (1929) 489. Per una lettura critica in merito ai tentativi (soprattutto in Wenger) di ricomporre questa « antike Rechtsgeschichte », fra gli altri, KOSCHAKER (1962) 509 ss. e TALAMANCA (1994) 901 ss.

Ma il pericolo più rilevante credo sia costituito, anche in questo caso, dall'elisione o almeno dal ridimensionamento più o meno intenzionale dell'effettiva alterità fra i due oggetti di comparazione. È esattamente quanto – soprattutto negli studi sui diritti greci (essenzialmente, sul diritto attico) condotti nei Paesi di *civil law* – si è verificato per decenni, e da cui ancora stentiamo a liberarci. Le fonti utilizzabili per quelle indagini esigevano, per il loro stesso statuto⁶⁴ (non potendosi trattare di scritti di giuristi, ma di testimonianze di storici, retori, filosofi o poeti), chiavi di lettura tecniche, e queste erano inevitabilmente ricercate nel repertorio giuridico romano, se non addirittura in quello messo a punto in seno alla cosiddetta « tradizione romanistica » (sino a operare autentici doppi salti mortali, come quelli che inducevano a trattare, ad esempio, di negozio giuridico o diritti soggettivi nell'Atene del V e IV secolo a.C.).⁶⁵ Ma non poteva trattarsi di un'innocua soluzione espositiva: il ricorso a quelle categorie finiva col determinare un'omologazione della Grecia a Roma, facendo della prima, *sub specie iuris*, solo un imperfetto specchio della seconda. Le sue peculiarità si esaurivano in una registrazione di vuoti (per lo più terminologici), che spettava allo storico colmare, interrogandosi su cosa, entro quella realtà, potesse rinvenire di accostabile alle figure familiari (soprattutto) del diritto privato: dalla distinzione fra proprietà e possesso a quelle fra contratti e delitti quali fonti di obbligazioni, successione *mortis causa* legittima o testamentaria.

Viceversa, dovrebbero essere indagate proprio le ragioni che, in un mondo così ricco di teoria, inibirono la messa a punto di un lessico specialistico. Ed è rimanendo aderenti alle formulazioni greche che riusciamo a cogliere il duplice e destabilizzante scarto di quella realtà rispetto a Roma e alla tradizione che da essa ha preso le mosse. Mi limito a menzionare, a livello di microcomparazione, due aspetti. In primo luogo l'assenza di una nozione del tutto coincidente con quella di proprietà, giacché i due termini più vicini (*chrêsis* e *ktêsis*) indicano rispettivamente, con ogni probabilità, il potere di usare (godere) e quello di alienare (disporre), ma senza operare fra essi quell'autentica endiadi in cui si risolve il diritto di proprietà, secondo una costruzione logica tutt'altro che scontata, anche se come tale aspira a presentarsi, sulla scorta di un'elaborazione bimillenaria che dall'antico *domi-*

64 STOLFI (2016b) 197 ss., spec. 200 ss.

65 STOLFI (2006a) 119 ss., 227 ove bibliografia.

nium giunge sino al dettato dell'odierno art. 832 c.c.⁶⁶ In modo ancor più significativo, di fronte alla tipicità contrattuale dei romani – connessa con (se non proprio determinata dal)la tipicità delle azioni – l'alterità greca non sembra tanto da intendere nel segno dell'atipicità contrattuale (un esito difficilmente configurabile, in genere, prima che si affermasse l'individualismo moderno), ma proprio nella sconnessione che vi era determinata fra tipicità delle figure sostanziali e atipicità della loro tutela (sempre affidata alla *dike blábes*, come per ogni caso di danno patrimoniale, comprensivo appunto di quello cagionato da inadempimento contrattuale).⁶⁷ Una sconnessione tale da far saltare l'unico elemento di continuità logica che è dato cogliere fra l'esperienza romana e l'attuale, ossia la simmetria del regime sul piano sostanziale e su quello processuale (in termini sempre di tipicità nel primo caso, sempre di atipicità nel secondo).

Lavorando ancora in aderenza alle soluzioni espressive degli antichi, sarebbero da valorizzare tutti i confronti, linguistici e concettuali, in cui già essi apertamente si impegnarono, consapevoli della spiccata osmosi che scandiva la cultura dell'« impero greco romano ». ⁶⁸ Comparazione *lato sensu* sincronica e storia della comparazione (che non si riduce certo al solo caso, usualmente ricordato, della *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*) trovano qui giunzioni evidenti, e decisive. Possiamo guardare ai testi romani, di ambito non solo retorico e politico (basterebbe pensare a Cicerone) ma anche giurisprudenziale – con espliciti confronti con figure proprie delle province ellenofone (soprattutto nel caso di Gaio);⁶⁹ sfruttamenti delle potenzialità semantiche di certe nozioni greche (l'esempio più noto è quello del *synállagma*, nelle diverse rivisitazioni di Labeone, Aristone e Ulpiano);⁷⁰ traduzioni, ideali ancor più che linguistiche, di fondamentali enunciazioni (come le qualifiche pseudodemosteniche del *nómos* nella rilettura papiniana);⁷¹ innumerevoli richiami a vocaboli, concezioni e vicende greche. Ma

66 Svilupperei in termini ancor più radicali gli spunti forniti in STOLFI (2006a) 115 ss. Cfr. anche MARTINI (2005) 105 ss.

67 MARTINI (2005) 75 s., STOLFI (2006a) 104, 155, 222 s. e PELLOSO (2007) 27 e nt. 53 ove altra bibliografia.

68 Nel senso di VEYNE (2007).

69 Espressione di un suo « cosmopolitismo »: QUADRATO (2010) 273 ss.

70 D.50.16.19 e D.2.14.7.2, al centro di ricche discussioni storiografiche: utili orientamenti in PELLOSO (2007) spec. 51 ss.

71 D.1.3.1, sul quale sono tornato più volte: da ultimo, in STOLFI (2013) spec. 290 ss. ove bibliografia.

possiamo rivolgerci anche al versante opposto, per rinvenire storici e retori che si interrogavano sulle peculiarità della costituzione romana (letta sulla scorta delle teorie politologiche greche, ma anche del confronto con le diverse soluzioni istituzionali reperibili nel Mediterraneo: così in celebri pagine di Polibio)⁷² o dell'assetto imperiale (come in Elio Aristide e Dione Cassio)⁷³ oppure su certe peculiarità delle strategie romane della cittadinanza, a cominciare dalla sua concessione agli schiavi liberati, secondo un regime senza eguali nelle *póleis*, tanto da attrarre l'attenzione di Dionigi di Alicarnasso.⁷⁴

E, sempre nel praticare una comparazione volta a far emergere (anziché occultare) le specificità nelle somiglianze, riscontri fecondi si offrono in altri ambiti. Ricorderei, in primo luogo, l'importanza di una lettura sinottica dell'arcaicità greca e romana, tale da porre in luce certe consonanze, ma guardandosi (diversamente da quanto accadeva con la teoria del « *predroit* »)⁷⁵ da assimilazioni che condurrebbero a smarrire le ragioni dei difformi sviluppi del pensiero « razionale » – rispettivamente, diritto e filosofia: esiti di forme mentali precedentemente manifestate in una religiosità a prevalenza ritualistica oppure mitologica⁷⁶ – e anche di certe soluzioni tecniche (come la repressione dell'omicidio, radicata in una diversa valenza attribuita al sangue versato).⁷⁷ In secondo luogo, le sfasature che emergono – a livello di elaborazioni teoriche, regole giuridiche, prassi istituzionali – di fronte a fenomeni di assoluta centralità per ogni compagine antica, come la presenza degli schiavi (non escluso il loro sfruttamento in veste di agenti commerciali, cui poteva connettersi o meno un'autonoma soggettività processuale)⁷⁸ o il ricorso alla guerra (con le differenziate possibilità di una sua « messa in

72 Nel VI libro delle *Storie*, una cui lucida messa a punto è in MANTOVANI (1996) 224 ss.

73 L'uno nell'orazione *A Roma* (su cui, per tutti, SCHIAVONE [1996] 5 ss. e DESIDERI-FONTANELLA [2013]); l'altro in vari luoghi delle *Storie romane*, esaminati soprattutto da MAROTTA (2000) spec. 77 ss., 149 ss., 165 ss.

74 Come pure di un sovrano ellenistico (Filippo V di Macedonia): STOLFI (2006a) 176 s., 241 ove altra bibliografia e STOLFI (2008) 31.

75 GERNET (1968) 173 ss. e GERNET (2000) 4 ss. Sul dibattito suscitato dalle sue tesi, STOLFI (2010a) 38 s.

76 Riprendo, in estrema sintesi, STOLFI (2006a) 25 ss. Spunti importanti in SCHIAVONE (2005) 48 ss.

77 Vi ho accennato in STOLFI (2006a) 105 ss.

78 STOLFI (2006a) spec. 187 ss. e STOLFI (2009) spec. 25 ss.

forma » o qualificazione come « giusta »).⁷⁹ In terzo luogo, il contributo greco, in concorso con le elaborazioni romane, al formarsi della polisemia di grandi categorie del diritto occidentale: dalla riflessione aristotelica attorno all'*epieikés* (di cui peraltro erano offerte due distinte visioni, fra *Etica Nicomachea* e *Retica*), destinata a costituire uno degli eterogenei ma integranti filoni in cui si articola la tradizione dell'equità,⁸⁰ all'idea stessa di *nómos* e *lex* quali distinti paradigmi della giuridicità, capaci di dar conto (soprattutto in certe riletture filosofiche)⁸¹ di vari snodi della storia a noi più vicina.

Infine, e per tornare a combinare le due forme di comparazione suggerite in queste pagine, trovo sia ancora da mettere a frutto larga parte della valenza « inattuale » – rispetto agli assetti contemporanei, ma con trame irriducibili l'una all'altra, per quanto contigue e connesse – delle concezioni che greci e romani misero a punto riguardo a molteplici voci del lessico pubblicistico: da quella di costituzione a quelle di comunità, eguaglianza, democrazia, cittadinanza, libertà.⁸² Un autentico filo d'Arianna, forse, per districarci nel « labirinto delle istituzioni »,⁸³ ma a patto di sfuggire alle semplificazioni indotte dalla distanza prospettica o dall'assillo di tranquillizzanti continuità, e non comprimere il duplice ordine di scarti (fra noi e gli antichi, ma già fra i greci e i romani) che è invece proprio quanto una corretta ricerca comparata, e una matura storiografia, esigono di interpellare, costitutivo della complessità che tuttora ci abita e ci percorre.

79 Circa le profonde differenze, destinate a riemergere più volte nella storia posteriore, tra configurazioni del *bellum iustum* e del *dikaíos pólemos*, per tutti, CLAVADETSCHER, THÜRLEMANN (1985) e STOLFI (2012b) 8 ss., spec. 13 ss. ove altra bibliografia.

80 Per qualche orientamento, anche bibliografico, STOLFI (2015) 521 s., 528 s. e ora STOLFI (2018) § IV s.

81 Da Hobbes e Vico a Schmitt e Hayek, sino al più recente dibattito biopolitico: STOLFI (2006a) 131 ss., 232 s. ove bibliografia e STOLFI (2010a) 124 ss.

82 Ho lavorato, nella direzione indicata, su alcuni di questi temi: STOLFI (2008) 17 ss., STOLFI (2010a) 80 ss. e STOLFI (2014b) spec. 143 ss.

83 Nel senso di PORTINARO (2007), che dedica oltre un terzo del suo percorso proprio all'« invenzione della politica », e ai modelli istituzionali, nel mondo antico.

Bibliografia

- ARICÒ, ANSELMO (1983), *Ius publicum – Ius privatum* in Ulpiano, Gaio e Cicerone, in: Annali del seminario giuridico della Università di Palermo, 37, 445–773
- BETTI, EMILIO (1991), Diritto metodo ermeneutica. Scritti scelti, a cura di GIULIANO CRIFÒ, Milano
- BETTINI, MAURIZIO (2000), Le orecchie di *Hermes*. Studi di antropologia e letterature classiche, Torino
- BOBBIO, NORBERTO (1984), Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto, 2. ed., Milano
- BODEI, REMO (1986), Foucault: pouvoir, politique et maîtrise de soi, in: Critique, 41, 471–472
- BRAUDEL, FERNAND (1994), Il Mediterraneo. Lo spazio la storia gli uomini le tradizioni, trad. it. Milano
- BRAUDEL, FERNAND (1999), Memorie del Mediterraneo. Preistoria e antichità, trad. it. Milano
- BRETONE, MARIO (1999), Diritto e tempo nella tradizione europea, 4. ed. Roma e Bari
- BRETONE, MARIO (2008), *Ius controversum* nella giurisprudenza classica, in: Atti della Accademia Nazionale dei Lincei. Anno CDV – 2008. Classe di scienze morali, storiche e filologiche, Roma
- BRUTTI, MASSIMO (2014), I romanisti italiani in Europa, in: BUSSANI, MAURO (a cura di), Il diritto italiano in Europa (1861–2014). Scienza, giurisprudenza, legislazione. Annuario di diritto comparato e di studi legislativi 5, 211–254
- CANFORA, LUCIANO (2013), Noi e gli antichi. Perché lo studio dei Greci e dei Romani giova all'intelligenza dei moderni, 4. ed., Milano
- CAPPELLINI, PAOLO (1985), *Systema iuris*. vol. 2. Dal sistema alla teoria generale, Milano
- CARANDINI, ANDREA (1979), L'anatomia della scimmia. La formazione economica della società prima del capitale, Torino
- CARONI, PIO (2009), La solitudine dello storico del diritto. Appunti sull'inerenza di una disciplina altra, Milano
- CERAMI, PIETRO, GIANFRANCO PURPURA (2007), Profilo storico-giurisprudenziale del diritto pubblico romano, Torino
- CLAVADETSCHER-THÜRLEMANN, SILVIA (1985), *Polemos dikaios und bellum iustum*. Versuch einer Ideengeschichte, Zürich
- COING, HELMUT (1982), Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht, I, Frankfurt am Main
- COSTA, PIETRO (1978), Emilio Betti: dogmatica, politica, storiografia, in: Quaderni Fiorentini 7, 311–393
- COSTA, PIETRO (2007), A che cosa serve la storia del diritto? Un sommesso elogio dell'inutilità, in: ROSELLI, ORLANDO (a cura di), La dimensione sociale del fenomeno giuridico. Storia, lavoro, economia, mobilità e formazione, Napoli, 23–39

- CROCE, BENEDETTO (1927), *Teoria e storia della storiografia*, 3. ed., Napoli
- CURI, UMBERTO (2010), *Straniero*, Milano
- DESIDERI, PAOLO, FRANCESCA FONTANELLA (2013), (a cura di) *Elio Aristide e la legittimazione greca dell'impero di Roma*, Bologna
- ESPOSITO, ROBERTO (2008), *La politica al presente*, in: BAZZICALUPO, LAURA (a cura di), *Impersonale. In dialogo con Roberto Esposito*, Milano, 13–38
- FALCONE, GIUSEPPE (2006), *Un'ipotesi sulla nozione ulpiana di « ius publicum »*, in: BACCARI, MARIA PIA, COSIMO CASCIONE (a cura di), *Tradizione romanistica e costituzione*, II, Napoli, 1167–1195
- FOUCAULT, MICHEL (1977), *Microfisica del potere*, trad. it. Torino
- GALLO, FILIPPO (1997), *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto*, Torino
- GALLO, FILIPPO (2010), *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Torino
- GALLO, FILIPPO (2011), *La permutatio legum giustiniana: una rivoluzione giuridica ignorata dalla nostra tradizione*, in: *Estudios Jurídicos en Homenaje A. Guzmán Brito*, vol. 2, Alessandria
- GERNET, LOUIS (1968), *Anthropologie de la Grèce antique*, Paris
- GERNET, LOUIS (2000), *Diritto e civiltà in Grecia antica*, a cura di ANDREA TADDEI, Milano
- GORLA, GINO (1981), *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano
- GROSSI, PAOLO (2001), *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano
- GROSSI, PAOLO (2007), *L'Europa del diritto*, Milano
- HARTOG, FRANÇOIS (2007), *Regimi di storicità. Presentismo e esperienze del tempo*, trad. it. Palermo
- HOBBSBAWN, ERIC J., TERENCE RANGER (1987), *L'invenzione della tradizione*, trad. it. Torino
- IRTI, NATALINO (2004), *Nichilismo giuridico*, Roma–Bari
- IRTI, NATALINO (2007), *Il salvagente della forma*, Roma–Bari
- KOSCHAKER, PAUL (1962), *L'Europa e il diritto romano*, trad. it. Firenze
- MANTOVANI, DARIO (1996), *Il diritto e la costituzione in età repubblicana*, in: GABBA, EMILIO et al., *Introduzione alla storia di Roma*, Milano, 171–276
- MAROTTA, VALERIO (2000), *Ulpiano e l'impero*, I, Napoli
- MAROTTA, VALERIO, EMANUELE STOLFI (2012), (a cura di) *Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi*, Roma
- MARTINI, REMO (2005), *Diritti greci*, Bologna
- MAUSS, MARCEL (2002), *Saggio sul dono. Forma e motivo dello scambio nelle società arcaiche*, trad. it. Torino
- MITTEIS, L. (1929), *Storia del diritto antico e studio del diritto romano*, trad. it. in: *Annali del seminario giuridico della Università di Palermo*, 12, 477–499
- MONATERI, PIER GIUSEPPE (2005), *Gaio nero*, in: MONATERI, PIER GIUSEPPE, TOMASZ GIARO, ALESSANDRO SOMMA (2005), *Le comuni radici del diritto europeo. Un cambiamento di prospettiva*, Roma, 19–76
- MORLINO, LEONARDO (2005), *Introduzione alla ricerca comparata*, Bologna

- NÖRR, DIETER (2005), *Römisches Recht: Geschichte und Geschichten. Der Fall Are-
scusa et alii* (Dig.19.1.43 sq.), München
- ORESTANO, RICCARDO (1987), *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna
- ORESTANO, RICCARDO (1989), *Edificazione del giuridico*, Bologna
- PELLOSO, CARLO (2007), *Le origini aristoteliche del συνάλλαγμα* di Aristone, in:
GAROFALO, LUIGI (a cura di) (2007), *La compravendita e l'interdipendenza
delle obbligazioni nel diritto romano*, vol. 1, Padova, 3–100
- PICCININI, MARIO (2003), *Tra legge e contratto. Una lettura di Ancient Law* di Henry
S. Maine, Milano
- PORTINARO, PIER PAOLO (2007), *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*,
Bologna
- QUADRATO, RENATO (2010), *Gaius dixit. La voce di un giurista di frontiera*, Bari
- RODOTÀ, STEFANO (2009), *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano
- SACCO, RODOLFO (1992), *Introduzione al diritto comparato*, 5 ed., Torino
- SACCO, RODOLFO (1994), «Carriera di un libertino», in: *Scintillae iuris. Studi in
memoria di G. Gorla*, vol. 1, Milano, 681–696
- SCHERILLO, GAETANO (1953), *Il sistema civilistico*, in: *Studi V. Arangio-Ruiz*, vol. 4,
Napoli
- SCHIAVONE, ALDO (1980) *Storiografia e critica del diritto. Per una “archeologia” del
diritto privato moderno*, Bari
- SCHIAVONE, ALDO (1984), *Alle origini del diritto borghese. Hegel contro Savigny*,
Roma–Bari
- SCHIAVONE, ALDO (1996), *La storia spezzata. Roma antica e Occidente moderno*,
Roma–Bari
- SCHIAVONE, ALDO (2005), *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino
- SCHIAVONE, ALDO, EMANUELE STOLFI (2010), *Diritto e giuristi nella storia di Roma*,
in: SCHIAVONE, ALDO (a cura di) (2010), *Diritto privato romano. Un profilo
storico*, 2. ed., Torino, 3–61
- SOMMA, ALESSANDRO (2014), *Introduzione al diritto comparato*, Roma e Bari
- STOLFI, EMANUELE (2004), “*Bonae fidei interpretatio*”. Ricerche sull'interpretazione di
buona fede fra esperienza romana e tradizione romanistica, Napoli
- STOLFI, EMANUELE (2006a), *Introduzione allo studio dei diritti greci*, Torino
- STOLFI, EMANUELE (2006b), *Riflessioni attorno al problema dei “diritti soggettivi” fra
esperienza antica ed elaborazione moderna*, in *Studi senesi*, 68, 118–177
- STOLFI, EMANUELE (2008), *Polítes e civis: cittadino, individuo e persona nell'esperienza
antica*, in: *Civis/civitas. Cittadinanza politico-istituzionale e identità socio-cul-
turale da Roma alla prima età moderna*, Montepulciano (Siena), 17–32
- STOLFI, EMANUELE (2009), *La soggettività commerciale dello schiavo nel mondo anti-
co: soluzioni greche e romane*, estr. da: *Teoria e Storia del Diritto Privato* 2,
1–59
- STOLFI, EMANUELE (2010a), *Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari*, Bologna
- STOLFI, EMANUELE (2010b), *Il processo civile*, in: SCHIAVONE, ALDO (a cura di), *Dirit-
to privato romano. Un profilo storico*, 2. ed., Torino, 77–155

- STOLFI, EMANUELE (2012a), Il contesto culturale, in: BALDUS, CHRISTIAN et al. (a cura di), *Dogmengeschichte und historische Individualität der römischen Juristen. Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani. Atti del Seminario internazionale*, Trento, 251–297
- STOLFI, EMANUELE (2012b), Immagini della guerra nell'antica Grecia: « *stásis* », « *pólemos* » e « *dikaíos pólemos* », in: *Rivista di studi militari*, 1, 7–46
- STOLFI, EMANUELE (2013), Alle soglie dell'intraducibile. Il *nómos* ateniese nell'elaborazione dei giuristi severiani, in: CASCIONE, COSIMO, CARLA MASI DORIA, GIOVANNA MEROLA (a cura di), *Modelli di un multiculturalismo giuridico. Il bilinguismo nel mondo antico. Diritto, prassi, insegnamento*, I, Napoli, 283–322
- STOLFI, EMANUELE (2014a), I casi e la *regula*: una dialettica incessante, in: VACCA, LETIZIA (a cura di), *Casistica e giurisprudenza*, Napoli, 1–72
- STOLFI, EMANUELE (2014b), Concezioni antiche della libertà. Un primo sondaggio, in: *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"*, 108, 139–178
- STOLFI, EMANUELE (2015), Il principio di equità, in: FURGIUELE, GIOVANNI (a cura di), *Salvatore Romano*, Napoli, 521–570
- STOLFI, EMANUELE (2016a), Brevi note su *interpretatio* e *auctoritas* fra tarda repubblica ed età dei Severi, in: *Interpretatio prudentium*, 1, 159–180
- STOLFI, EMANUELE (2016b), Le fonti dei diritti greci, in: POMA, GABRIELLA (a cura di), *La storia antica. Metodi e fonti per lo studio*, 197–207
- STOLFI, EMANUELE (2017a), Ancora sulla buona fede (oggettiva): uno sguardo da lontano, in: *Studi Senesi*, 129, 256–278
- STOLFI, EMANUELE (2017b), Diritto romano e storia del pensiero giuridico, in: VACCA, LETIZIA (a cura di), *Nel mondo del diritto romano. Convegno ARISTEC 2014*, Napoli, 91–122
- STOLFI, EMANUELE (2018), La legge e i due volti dell'antico, in corso di pubblicazione in: LUCHETTI, GIOVANNI (a cura di), *Legge, eguaglianza, diritto. I casi di fronte alle regole nell'esperienza antica. Atti del Convegno (Bologna–Ravenna 9–11 maggio 2013)*
- SUMNER MAINE, HENRY (1998), *Diritto antico*, trad. it. Milano
- TALAMANCA, MARIO (1994), Gli studi di diritto greco dall'inizio dell'Ottocento ai nostri giorni, in: AA. VV., *Scintillae iuris*. Studi in memoria di G. Gorla, vol. 1, Milano, 889–949
- THOMAS, YAN (1984), *Vitae necisque potestas*. Le père, la cité, la mort, in: THOMAS, YAN (ed.), *Du châtement dans la cité: supplices corporels et peine de mort dans le monde antique*, Rome–Paris, 499–548
- TODOROV, TZVETAN (1991), Noi e gli altri. La riflessione francese sulla diversità umana, trad. it. Torino
- VAN CAENEGEM, RAOUL C. (2003), *I sistemi giuridici europei*, trad. it. Bologna
- VEYNE, PAUL (2007), *L'impero greco romano. Le radici del mondo globale*, trad. it. Milano
- ZWEIGERT, KONRAD, HEIN KÖTZ (1998), *Introduzione al Diritto comparato*, vol. 1. Principi fondamentali, trad. it., Milano

Indice

- 1 | **Massimo Brutti, Alessandro Somma**
Introduzione
- 5 | **Alfons Aragoneses**
La memoria del derecho. La construcción del pasado en los discursos jurídicos
- 31 | **Eliana Augusti**
Quale storia del diritto? Vecchi e nuovi scenari narrativi tra comparazione e globalizzazione
- 49 | **Massimo Brutti**
Sulla convergenza tra studio storico e comparazione giuridica
- 81 | **Antonello Calore**
“Cittadinanza” tra storia e comparazione
- 95 | **Salvatore Casabona**
Solidarietà familiare tra mito e realtà: note minime su comparazione giuridica e microanalisi storica
- 111 | **Tommaso dalla Massara**
Sulla comparazione diacronica: brevi appunti di lavoro e un'esemplificazione
- 149 | **Thomas Duve**
Storia giuridica globale e storia giuridica comparata. Osservazioni sul loro rapporto dalla prospettiva della storia giuridica globale

- 187 | **Giuseppe Franco Ferrari**
Law and history: some introductory remarks
- 207 | **Tommaso Edoardo Frosini**
Diritto comparato e diritto globale
- 219 | **Mauro Grondona**
Storia, comparazione e comprensione del diritto: Tullio Ascarelli, “Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica”.
Un esercizio di lettura
- 245 | **Luigi Lacchè**
Sulla Comparative legal history e dintorni
- 267 | **Pier Giuseppe Monateri**
Morfologia, Storia e Comparazione. La nascita dei “sistemi”
e la modernità politica
- 291 | **Edmondo Mostacci**
Evoluzione del capitalismo e struttura dell’*ordine giuridico*:
verso lo Stato neoliberale?
- 323 | **Matteo Nicolini**
Insidie “coloniali”, rappresentazione cartografica e processi
di delimitazione delle aree geogiuridiche africane
- 359 | **Luigi Nuzzo**
Rethinking eurocentrism. European legal legacy and Western
colonialism
- 379 | **Giovanni Pascuzzi**
La comparazione giuridica italiana ha esaurito la sua spinta
propulsiva?
- 389 | **Giorgia Pavani**
El papel de la historia del derecho en la formación del
“criptotipo centralista” en América latina

- 419 | **Giovanni Poggeschi**
Il rapporto fra lingua e diritto nel prisma della comparazione
fra linguistica e teoria del diritto
- 457 | **Giorgio Resta**
La comparazione tra diritto e storia economica: rileggendo
Karl Polanyi
- 477 | **Roberto Scarciglia**
Storia e diritto globale. Intersezioni metodologiche e
comparazione
- 491 | **Mario Serio**
L'apporto della letteratura alla formazione storica del diritto
inglese: l'impareggiabile opera di Charles Dickens
- 509 | **Alessandro Somma**
Comparazione giuridica, fine della storia e spolticizzazione
del diritto
- 541 | **Bernardo Sordi**
Comparative legal history: una combinazione fruttuosa?
- 551 | **Emanuele Stolfi**
Problemi e forme della comparazione nella storiografia sui
diritti antichi
- 575 | **Vincenzo Zeno-Zencovich**
Appunti per una "storia giudiziaria contemporanea"
- 589 | **Contributors**